

# VU Research Portal

## Deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter en conflictbemiddeling

de Groot, G.

### ***published in***

Tijdschrift voor mediation (TMD)  
2007

### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

de Groot, G. (2007). Deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter en conflictbemiddeling. *Tijdschrift voor mediation (TMD)*, 11(4), 63-75.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter en conflictbemiddeling

*G. de Groot*

## Inleiding

Jaren geleden belde ik als rechter een deskundige met de vraag of hij bereid was in een bepaalde zaak een deskundigenonderzoek te verrichten. Partijen hadden gezamenlijk voorgesteld hem te benoemen. Een emeritus hoogleraar met een indrukwekkende staat van dienst op zijn vakgebied. Hij antwoordde dat hij het met genoeg zou doen, maar alleen als hij de vrije hand kreeg om de zaak te schikken. Hij vertelde dat hij in geen enkele zaak meer als deskundige wilde optreden als hij de zaak niet mocht regelen. En hij regelde de zaak altijd. Ik vroeg hoe hij dat voor elkaar kreeg. Hij organiseerde een bijeenkomst met partijen en hun advocaten. Hij liet iedereen zijn verhaal doen en dan gaf hij weloverwogen en gemotiveerd zijn mening over de zaak. Dat was voor partijen meestal zo verhelderend, dat een regeling vanzelf in het vizier kwam. Het klonk me als muziek in de oren. Maar, zei hij, hij liet ze niet vertrekken zolang de zaak niet was geschikt. Partijen kregen van hem precies te horen hoe het zat en dan was het verspilling van tijd en geld dat hij dat allemaal ging opschrijven en zij daarna nog verder procedeerden. Met alle respect, wat kon de rechter daar nog aan toevoegen?

Voor mijn ogen verscheen het beeld van Europese landbouwministers die in Brussel vergaderden: wie het langste zonder slaap kon, bereikte het beste resultaat. Althans, dat schreven de kranten. Ik legde hem uit dat ik het een dilemma vond. Als partijen onder zijn leiding uit vrije wil tot een schikking kwamen, liet ik hem graag zijn gang gaan. Maar het recht van de sterkste moest het niet worden. Dat vond hij ook. Hij werd als deskundige benoemd. Later belde hij uit zichzelf op om te vertellen dat hij de zaak had geregeld. Partijen hadden hem hartelijk bedankt. Toen ik akkoord ging met zijn voorwaarde, heb ik niet lang stilgestaan bij de vraag of de rechter die op grond van artikel 194 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) een deskundige benoemt, aan de deskundige de ruimte mag geven om te bemiddelen. Achteraf gezien heb ik voornamelijk vier andere aspecten meegewogen: partijen waren het eens over de persoon van de te benoemen deskundige, de uitkomst van het geschil was in deze zaak vrijwel volledig afhankelijk van een technisch oordeel van een deskundige op een voor juristen ingewikkeld vakgebied, de deskundige stond buitengewoon goed bekend en hij maakte een integere indruk.

De vraag naar de reikwijdte van de opdracht van de rechter aan de deskundige deed zich ook voor in een andere zaak. Een verzekerde vorderde uitkering onder een brandverzekering. Volgens de verzekeringsvoorwaarden moest de schade worden vastgesteld door een expert. Dat was buiten rechte niet gelukt. Partijen

werden het in de civiele procedure eens over de persoon van de door de rechter te benoemen expert. Zij waren het er op voorhand ook over eens dat het deskundigenbericht tussen hen de kracht van een bindend advies zou hebben. Kan dat? En zo ja, wat gebeurt er daarna met de zaak?

Over dit soort vragen gaat deze bijdrage. Achtereenvolgens besteed ik, na een korte schets van het wettelijk kader, aandacht aan conflictbemiddeling door een deskundige en aan het deskundigenadvies als bindend advies. Bij de bespreking van conflictbemiddeling maak ik onderscheid tussen de bemiddeling waaraan partijen vrijwillig meewerken en de bemiddeling met dwang of drang van de rechter. In de beschouwingen over bemiddeling op vrijwillige basis maak ik bovendien onderscheid tussen gevallen waarin de deskundige tijdens het deskundigenonderzoek spontaan tot bemiddeling overgaat en gevallen waarin vrijwillige bemiddeling deel uitmaakt van de opdracht van de rechter. Het artikel is beperkt tot het deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter. Het deskundigenonderzoek in opdracht van (een) partij(en) blijft buiten beschouwing.

## **De bevoegdheid van de rechter en de opdracht aan de deskundige**

De civiele rechter benoemt een deskundige als hij kennis of ervaring mist die nodig is bij de verdere beoordeling van een geschil. Het deskundigenadvies<sup>1</sup> strekt volgens vaste rechtspraak<sup>2</sup> primair ter voorlichting van de rechter. Het is meestal tegelijk een bewijsmiddel van (een van) partijen. De rechter die een deskundige benoemt, vermeldt in het vonnis de punten die aan de deskundige worden voorgelegd (art. 194 lid 1 Rv). De wet bepaalt niet of aan een deskundige tevens kan worden gevraagd te bemiddelen en evenmin of het deskundigenadvies tussen partijen als bindend advies kan dienen.

## **Vrijwillige conflictbemiddeling door een deskundige**

Als de civiele rechter een deskundige benoemt, bepaalt hij dat de deskundige het onderzoek zelfstandig of onder leiding van de rechter dient te verrichten (art. 198 lid 2 Rv). De deskundige die het onderzoek zelfstandig verricht, kiest zelfstandig, binnen het kader van de opdracht en met inachtneming van eventuele aanwijzingen van de rechter, hoe hij het onderzoek inricht, verricht en verslaat. Partijen hebben het recht bij de deskundige opmerkingen te maken en verzoeken te doen (art. 198 lid 2 Rv). In de contacten tussen partijen en de deskundige tijdens het deskundigenonderzoek kunnen zich kleine en grote meningsverschillen voordoen over procedurele of inhoudelijke kwesties. Die kunnen de voortgang van het onderzoek belemmeren. Het is gebruikelijk dat de deskundige eerst zelf probeert een oplossing te vinden, voordat de rechter om een beslissing wordt gevraagd. In

1 Onder 'deskundigenadvies' versta ik het (schriftelijke) deskundigenbericht en het (mondelinge) deskundigenverhoor.

2 Zie bijvoorbeeld in de afgelopen jaren HR 6 december 2002, NJ 2003, 63; HR 8 oktober 2004, LJN AP1083; HR 12 november 2004, LJN AP9636; HR 11 maart 2005, LJN AR6199; HR 20 mei 2005, LJN AS4406; HR 9 september 2005, NJ 2006, 619; HR 13 januari 2006, LJN AU3256.

zulke gevallen zal menig deskundige in enigerlei vorm gebruikmaken van conflictbemiddelende vaardigheden.

Een deskundige kan feitelijk, of daar nu een wettelijke grondslag voor bestaat of niet, ook in het geschil van partijen ten gronde bemiddelen. Het deskundigenonderzoek onttrekt zich meestal aan de waarneming van de rechter, zeker als de rechter heeft bepaald dat de deskundige het onderzoek zelfstandig verricht. Voor zover burgerlijke rechtsbetrekkingen in geschil zijn waarvan partijen de rechtsgevolgen vrij kunnen bepalen, staat het partijen vrij bij de deskundige de mogelijkheid van een minnelijke regeling te onderzoeken. De deskundige die tijdens een deskundigenonderzoek zelf het initiatief wil nemen om te bemiddelen, is uiteraard afhankelijk van de instemming en vrijwillige medewerking van de procespartijen.

Waarschijnlijk kunnen partijen tijdens de vrijwillige bemiddeling door de deskundige zonder gevolgen voor het verdere verloop van de procedure op hun instemming terugkomen. Dit lijkt althans te kunnen worden afgeleid uit het arrest waarin de Hoge Raad heeft beslist dat het twee particulieren, die in de loop van een geding hebben afgesproken om te pogen een minnelijke regeling langs de weg van mediation te bereiken, gelet op de aard van het middel van mediation te allen tijde vrijstaat hun medewerking daaraan alsnog te onthouden dan wel die om hen moverende redenen te beëindigen.<sup>3</sup> De situatie waarin twee partijen tijdens een deskundigenonderzoek in een aanhangig geding afspreken om een minnelijke regeling met hulp van de deskundige te bereiken, verschilt hiervan niet wezenlijk. Wordt de bemiddeling voortijdig gestaakt of slaagt de bemiddeling niet, dan zal de deskundige zijn deskundigenadvies aan de rechter dienen uit te brengen.

### **Afwikkeling van een schikking bij de deskundige**

Slaagt de bemiddeling wel, dan rijst de vraag of de deskundige in een deskundigenadvies mag opnemen dat partijen een schikking hebben bereikt. Dat ligt denk ik niet voor de hand. Het deskundigenadvies is immers bedoeld om antwoord te geven op de voorgelegde vragen. Denkbaar is wel dat in het deskundigenadvies een mededeling van de deskundige voorkomt dat partijen de zaak hebben geschikt. Wat is de betekenis van zo'n mededeling? In gevallen waarin partijen later twisten of zij bij de deskundige een schikking hebben bereikt, maakt het weinig verschil in welke vorm de deskundige aan de rechter meedeelt dat partijen bij de deskundige een schikking hebben bereikt. Dan gaat het erom wat de bewijswaarde is van een mededeling van de deskundige dat partijen de zaak ten overstaan van de deskundige hebben geregeld. Volgens de Franse cassatierechter moet de vraag of tussen partijen ten overstaan van de deskundige een schikking tot stand is gekomen, worden beantwoord met toepassing van de gewone regels van het bewijsrecht. De enkele constatering van een schikking door de deskundige is, als de schikking door een partij gemotiveerd wordt betwist, op zichzelf onvoldoende om aan te

3 HR 20 januari 2006, NJ 2006, 75.

nemen dat partijen de zaak hebben geschikt.<sup>4</sup> In Duitsland staat de schikking die partijen bij de deskundige treffen, op één lijn met de schikking van partijen met bijstand van advocaten.<sup>5</sup> In Nederland is de rechter vrij in de waardering van het bewijs in een deskundigenadvies of een andere mededeling van een deskundige (art. 152 lid 2 Rv). De enkele mededeling van de deskundige dat de zaak is geschikt, zal bij gemotiveerde betwisting door een partij in het algemeen niet voldoende zijn om aan te nemen dat de zaak bij de deskundige is geschikt. Al met al luidt de conclusie dat het ter vermijding van misverstanden en nieuwe geschillen in het algemeen raadzaam is om een schikking bij de deskundige vergezeld te laten gaan van een door partijen ondertekende vaststellingsovereenkomst. Als bij (een van) partijen behoefte bestaat aan een executoriale titel, kan de vaststellingsovereenkomst vervolgens door de rechter worden neergelegd in een procesverbaal, waarop in beginsel een executoriale titel kan worden verleend.

### **Wenselijkheid van vrijwillige conflictbemiddeling door deskundigen**

Dat partijen en de deskundige feitelijk de mogelijkheid hebben om tijdens het deskundigenonderzoek de schikkingskansen te onderzoeken, geeft naar mijn opvatting geen vrijbrief voor experimenten. De rechter geeft een deskundige opdracht tot een deskundigenonderzoek in een conflict tussen partijen waarover een procedure aanhangig is. Partijen en de rechter mogen dan verwachten dat de deskundige die de benoeming aanvaardt, onderzoek zal doen en advies zal uitbrengen. Wil de deskundige tevens met partijen over een regeling spreken en is hem dat in de opdracht niet gevraagd, dan treedt hij strikt genomen buiten de opdracht. Hetzelfde geldt als het initiatief van partijen uitgaat. In het systeem van de wettelijke bepalingen over het deskundigenbewijs is het de rechter die de opdracht aan de deskundige geeft. Het ligt niet voor de hand dat de bevoegdheid van partijen om bij de deskundige opmerkingen te maken en verzoeken te doen zich uitstrekt tot een gemeenschappelijk verzoek van partijen om te bemiddelen in plaats van het door de rechter gevraagde deskundigenadvies uit te brengen. Dit zou anders kunnen zijn als op grond van wetgeving of rechtspraak duidelijk was dat de deskundige spontaan tussen partijen mag bemiddelen of de rechter na overleg met partijen in de opdracht aan de deskundige tevens gelegenheid mag geven tot bemiddeling door de deskundige in gevallen waarin partijen daaraan willen meewerken. Is het wenselijk dat een deskundige – spontaan of in opdracht van de rechter – tussen partijen op vrijwillige basis kan bemiddelen? Natuurlijk

4 Cour de Cassation 11 maart 2003, 00-17532 (<[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)>). Zie Loïc Cadiet, Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, vijfde druk, Parijs: Litec 2006, p. 392-393; Jacques Héron, Thierry Le Bars, *Droit judiciaire privé*, derde druk, Parijs: Editions Montchrestien 2006, nr. 1085.

5 Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 1, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach, nunmehr verfasst von Jan Albers und Peter Hartmann, 64<sup>e</sup> druk, München 2006, § 407a nr. 17.

is het mooi als een zaak bij de deskundige eindigt met een schikking die door partijen wordt gewild. Toch heb ik op drie punten aarzeling.

Allereerst beschikt de rechter in de praktijk over weinig informatie over de kennis en ervaring van deskundigen. Het is voor de rechter vaak lastig te beoordelen of iemand geschikt is om in een bepaalde zaak als deskundige op te treden. Het wordt nog ingewikkelder als de rechter in de beoordeling van de geschiktheid van de deskundige niet alleen moet betrekken of de deskundige deskundig is op zijn eigen vakgebied, maar ook of de deskundige beschikt over de kennis, vaardigheden en attitude die zijn vereist om als bemiddelaar op te treden in een aanhangende civiele procedure. Deskundigen die tijdens het deskundigenonderzoek willen bemiddelen, zullen in mijn visie aan partijen en de rechter moeten kunnen laten zien dat zij daarover beschikken. Dat is niet alleen van belang als de opdracht van de rechter bemiddeling zou omvatten, maar ook als deskundigen spontaan tot bemiddeling over willen gaan. Zoals ik hierna bij mijn tweede punt van aarzeling zal toelichten, kan een mislukte bemiddeling namelijk gevolgen hebben voor het verdere deskundigenonderzoek. Aan de informatiekwestie kan deels door middel van verbeterde informatieverschaffing tegemoet worden gekomen. Zo kunnen deskundigen voorafgaand aan hun benoeming een *disclosure statement* overleggen, waarin een deskundige openheid van zaken geeft over onder andere zijn opleiding en professionele ervaring.<sup>6</sup> *Disclosure statements* kunnen ook worden opgenomen in een openbaar deskundigenregister.<sup>7</sup> Ook dan zal de rechter de beschikbare informatie bij de keuze van de deskundige echter op waarde moeten schatten.

Mijn tweede punt van aarzeling betreft de vraag in hoeverre de hoedanigheid van deskundige en bemiddelaar met elkaar verenigbaar zijn. De deskundige die de benoeming heeft aanvaard, is verplicht de opdracht onpartijdig en naar beste weten te vervullen. Ook de deskundige die in het conflict van partijen bemiddelt, zal de positie van neutrale derde moeten innemen. In zoverre lijken beide rollen met elkaar verenigbaar. De deskundige heeft echter niet in eigen hand of de bemiddeling slaagt. Als de bemiddeling mislukt, zal hij de opdracht alsnog onpartijdig en naar beste weten moeten kunnen voltooien. Er kunnen dan allerlei vragen rijzen, bijvoorbeeld ten aanzien van het gebruik van informatie die de deskundige tijdens de bemiddelingspoging van een partij heeft verkregen, ten aan-

6 Zie <[www.rechten.vu.nl/iwmd](http://www.rechten.vu.nl/iwmd)> → Projecten → Disclosure statement.

7 In het wetsvoorstel Wet deskundige in strafzaken (Kamerstukken II 2006/07, 31 116, nr. 2) wordt voorzien in de ontwikkeling van een register waarin deskundigen op eigen verzoek worden ingeschreven, nadat is getoetst of zij voldoen aan onder andere kwaliteitsmaatstaven van hun beroepsgroep en forensische kwaliteitseisen. In het civiele recht illustreren particuliere initiatieven van bijvoorbeeld de Stichting Opleiding en Registratie van Medisch Deskundigen (ORMED), de Stichting Deskundigen en Rechtspleging (SDR), de Stichting Forensische Mediation en het Leids/Landelijk Register van Gerechtelijk Deskundigen (LRGD) de wens om een soortgelijk deskundigenregister te ontwikkelen. In opdracht van de Raad voor de rechtspraak is de Deskundigenindex ontwikkeld. De Deskundigenindex is een digitale gegevensverzameling van deskundigen die als zodanig bekend willen zijn bij de rechtspraak en kan op zichzelf verder worden ontwikkeld tot een openbaar deskundigenregister in het civiele en bestuursrecht waarvan kwaliteitsbewaking onderdeel is.

zien van de onbevangenheid van een deskundige die als bemiddelaar met gebruik van zijn deskundigheid standpunten in de contacten met partijen heeft ingenomen of ten aanzien van de kosten van de bemiddelingspoging. Over al dit soort kwesties zou van tevoren duidelijkheid moeten zijn voor het geval de bemiddeling niet slaagt. Ook als dat haalbaar is, vergt het dat de deskundige de regels van het spel uitstekend beheerst.

Houdt de deskundige tijdens de bemiddeling onvoldoende in het oog dat hij in staat moet blijven de rechter onpartijdig en naar beste weten te adviseren, dan neemt de kans toe dat het deskundigenadvies gebreken vertoont die de motivering van de uitspraak bemoeilijken en dat de rechter zal moeten bezien of aan de gebreken tegemoet kan worden gekomen.<sup>8</sup> Een andere kwestie is dat een bemiddelingspoging van een deskundige in mijn visie niet tot verdere vertraging van de procedure zou moeten leiden. Uit onderzoek van Eshuis blijkt dat de doorlooptijd<sup>9</sup> van zaken die in 2003 werden aangebracht bij de civiele sector van een rechtbank en waarin een deskundige werd benoemd, meer dan twee keer zo lang was als de doorlooptijd van procedures zonder deskundigenonderzoek.<sup>10</sup> In zoverre lijkt het mij van belang dat deskundigen die spontaan een bemiddelingspoging willen doen, zich tevoren met partijen en de rechter verstaan. Als de procedure daardoor langer gaat duren, behoort de rechter dat immers te kunnen verantwoorden (art. 20 Rv).

Mijn derde punt van aarzeling komt van over de grenzen. Van de landen om ons heen kent alleen België expliciet de bemiddeling door de deskundige die in opdracht van de rechter een deskundigenonderzoek verricht. In België is de deskundige zelfs in iedere civiele zaak verplicht om te proberen partijen te verzoenen (art. 977 lid 1 Gerechtelijk Wetboek). De Belgische wettelijke bepalingen over het deskundigenonderzoek zijn onlangs gewijzigd. De wijzigingen hebben onder andere tot doel het aantal deskundigenonderzoeken te beperken en deskundigenonderzoeken sneller te doen verlopen. De rechter heeft in de gewijzigde bepalingen tijdens het deskundigenonderzoek een actievere rol gekregen dan hij voorheen had.<sup>11</sup> Het kwam namelijk geregeld voor dat een deskundigenonderzoek

8 Volgens het Mantovanelli-arrest (EHRM 18 maart 1997, NJ 1998, 278, m.nt. HJS) moet de rechter erop toezien dat de procedure in de zin van art. 6 lid 1 EVRM eerlijk verloopt en kan dat meebrengen dat de rechter eventuele gebreken in het deskundigenbericht moet (doen) herstellen alvorens het bewijs te waarderen.

9 Onder doorlooptijd wordt de tijd verstaan die in één instantie verstrijkt tussen het aanbrengen van de zaak en de afdoening van de zaak.

10 R. Eshuis, Versnellingsbeleid in de rechtspraak: resultaten en reflecties, Rechtstreeks 2005, nr. 2 (<[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)>), p. 12.

11 Wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509quater van het Strafwetboek, B.S. 22 augustus 2007, nr. 244. Zie ook: Kamerstukken S. 3-2390 (Senaat) en K 51.-2540 (Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers); Hoge Raad voor de Justitie, Advies betreffende zeven wetsvoorstellen tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek voor wat betreft het deskundigenonderzoek, 29 juni 2005 (<[www.hrj.be](http://www.hrj.be)>).



verscheidene jaren in beslag nam.<sup>12</sup> Ik kan niet beoordelen of dat te maken had met de verplichting van de deskundige om te bemiddelen, maar het tijdsbeslag nodigt niet uit om na te denken over toevoeging van bemiddelingstaken aan het huidige takenpakket van de deskundige die de rechter adviseert.

In andere landen op het Europese continent ontbreekt een verplichting van deskundigen om te bemiddelen en zijn er soms beletselen voor deskundigen om tussen partijen te bemiddelen. In Duitsland is bemiddeling door deskundigen weliswaar niet verboden, maar bemiddeling behoort niet tot de taak van de deskundige en hij ontvangt geen betaling voor de tijd die met een bemiddelingspoging is gemoeid.<sup>13</sup> Ook in Zwitserland zijn er weliswaar geen wettelijke beletselen voor een deskundige om een bemiddelingspoging te doen, maar is het problematisch om de kosten van bemiddeling aan te merken als kosten van het deskundigenonderzoek.<sup>14</sup> Dit is ook naar Nederlands recht een probleem. Het is nog maar de vraag of de kosten van een bemiddelingspoging van een deskundige kunnen worden betrokken in de begroting op grond van artikel 199 Rv, omdat deze bepaling expliciet betrekking heeft op de kosten en het salaris van de deskundige in verband met het deskundigenadvies. Frankrijk heeft in het verleden verplichte bemiddeling door deskundigen gekend. Tegenwoordig is wettelijk geregeld dat de rechter aan de deskundige geen opdracht mag geven om tussen partijen te bemiddelen (art. 240 *Nouveau Code de Procédure Civile* (NCPC)). Het is de deskundige naar het Franse procesrecht echter niet verboden om spontaan tussen partijen te bemiddelen. Als partijen de zaak met hulp van de deskundige schikken, moet de deskundige dat aan de rechter laten weten. Partijen kunnen de rechter vragen de schikking op te nemen in een proces-verbaal en daarop een executoriale titel te verlenen (art. 281 NCPC).<sup>15</sup> In Frankrijk, Duitsland en Zwitserland wordt de deskundige dus bepaald niet aangemoedigd tot een bemiddelingspoging. De achtergronden hiervan zouden naar mijn mening nader onderzoek verdienen, als in Nederland serieuze interesse zou bestaan voor meer dan incidentele bemiddeling door deskundigen die de rechter adviseren.

Mijn aarzelingen zijn overigens niet bedoeld als een pleidooi tegen conflictbemiddeling door deskundigen die de rechter adviseren. Voor zover ik kan overzien, is

12 Het was geen uitzondering dat een procedure inclusief deskundigenonderzoek meer dan tien jaar in beslag nam, volgens een wetsvoorstel van 20 september 2004 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat het gerechtelijk deskundigenonderzoek betreft, Kamerstukken Doc 51 1347/001, p. 7. In het jaarverslag 2002 van de Hoge Raad voor de Justitie wordt melding gemaakt van klachten over deskundigenonderzoeken die vier (p. 64) en bijna vijf jaar (p. 66) duurden (<www.hrj.be>).

13 Jürgen Ulrich, *Der gerichtliche Sachverständige. Ein Handbuch für die Praxis*, begründet von Kurt Jessnitzer, fortgeführt von Günter Frieling, bearbeitet von Jürgen Ulrich, twaalfde druk, Köln/Berlin/München: Carl Heymanns Verlag 2007, nr. 238 en 849.

14 Björn Bettex, *L'expertise judiciaire*, Bern: Schulthess 2006, p. 149-150.

15 Binoche, in: E.E. Felix (red.), *De deskundige en het gerecht*. Publicatie van de bijdragen van de studiedag van 18 november 2005, georganiseerd door het Nationaal College van Gerechtelijke Deskundigen van België vzw, Brussel/Brugge: La Charte/Die Keure 2006, p. 69; Pierre Julien, Natalie Fricero, *Droit judiciaire privé*, tweede druk, Parijs: LGDJ 2003, p. 242.



conflictbemiddeling binnen en buiten de rechtspraak en binnen en buiten Nederland in pakweg de afgelopen 25 jaar zo belangrijk geworden, dat het mij niet reëel lijkt om vrijwillige conflictbemiddeling zonder meer te weren uit deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter. Ik denk wel dat degenen die professioneel in aanraking komen met vragen rondom vrijwillige bemiddeling tijdens deskundigenonderzoek, er goed aan doen zich bewust te zijn van de kansen én de risico's van schikkingspogingen door een deskundige die de rechter adviseert. Dat geldt ook voor het belang van tijdige en duidelijke afspraken over in ieder geval het gebruik van verkregen informatie en de afwikkeling van de kosten van de bemiddeling.

### **Conflictbemiddeling door een deskundige met drang of dwang van de rechter**

Naast de deskundige die – spontaan of na overleg met de rechter – op vrijwillige basis tussen partijen bemiddelt, is er de deskundige die in opdracht van de rechter zowel adviseert als bemiddelt. Dit gebeurt bij forensische conflictbemiddeling, ook wel aangeduid als het deskundigenbericht met toepassing van mediation.<sup>16</sup> Het doel hiervan is de rechter gegevens te verschaffen die nodig zijn voor de verdere beslissing van het geschil en partijen gelegenheid te bieden zelf alsnog hun conflict geheel of ten dele met hulp van een bemiddelaar op te lossen.<sup>17</sup> Forensische conflictbemiddeling in opdracht van de rechter wordt toegepast in complexe zaken over gezag en omgang na echtscheiding en in complexe verdelingszaken met een financieel belang dat zich met de kosten van een deskundigenonderzoek verdraagt. De rechter overlegt met partijen over de persoon van de deskundige (art. 194 lid 2 Rv) en partijen verklaren zich bij de rechter bereid om mee te werken aan de bemiddeling. Vervolgens neemt de rechter in de opdracht op dat de deskundige tussen partijen dient te bemiddelen en, als de bemiddeling niet slaagt, hij de rechter dient te adviseren aan de hand van de voorgelegde vragen. De combinatie van de bereidverklaring van partijen, de opdracht van de rechter inclusief bemiddeling en de verplichting van partijen om mee te werken aan het deskundigenonderzoek (art. 198 lid 3 Rv) maakt dat het gaat om conflictbemiddeling met drang of dwang vanuit de rechter. Zolang niet duidelijk is of de opdracht van de rechter aan de deskundige op grond van art. 194 Rv zich mag uitstrekken tot bemiddeling,<sup>18</sup> is naar mijn opvatting onduidelijk of in het systeem van het procesrecht mag worden gesproken van deskundigenonderzoek met *verplichte* conflictbemiddeling. Verplicht zijn partijen tot medewerking aan het deskundigenonderzoek (art. 198 lid 3 Rv). Het onderzoek laat zich echter niet onderscheiden van de acti-

16 C.A.R.M. van Leuven, in: Peter Hoefnagels, Handboek scheidingsbemiddeling, p. 167; Alexander Labohm & Cees van Leuven, Het deskundigenbericht met toepassing van mediation, TvM 2005-1, p. 13-14. Zie ook de informatie van de Stichting Forensische Mediation op <www.forensischemediation.nl>.

17 C.A.R.M. van Leuven, in: Peter Hoefnagels, Handboek scheidingsbemiddeling, p. 167.

18 Van Leuven meent dat als grondslag art. 1:253a BW kan dienen, op grond waarvan de rechter een vergelijk behoort te beproeven. Zie C.A.R.M. van Leuven, in: Peter Hoefnagels, Handboek scheidingsbemiddeling, p. 202.

viteiten van partijen in de conflictbemiddeling. Het deskundigenonderzoek is er bijvoorbeeld meestal onder andere op gericht de communicatie tussen partijen te verbeteren en de mogelijkheden daarvoor te onderzoeken. Conflictbemiddeling is daarvoor een instrument. Praktisch is vooral van belang dat partijen die bij de rechter verklaren te willen meewerken aan bemiddeling in het kader van een deskundigenonderzoek, de druk van een morele of juridische verplichting zullen ervaren. Dat zal waarschijnlijk sterker het geval zijn in zaken van gezag en omgang dan in verdelingszaken, omdat partijen over gezag en omgang, anders dan over tussen hen te verdelen vermogensbestanddelen, niet de vrije beschikking hebben. Slaagt de bemiddeling in een verdelingszaak niet, dan zal de rechter alsnog de verdeling vaststellen en missen partijen de kans om zelf alsnog te bepalen wie wat krijgt. Slaagt de bemiddeling in een zaak over gezag en omgang niet, dan staat het behoud of de verbetering van de relatie met de kinderen op het spel. Dat kan voor ouders een sterke stimulans zijn om aan de bemiddeling mee te werken.

Ook bij deze vorm van conflictbemiddeling zijn in beginsel de kanttekeningen te maken die ik in de vorm van aarzelingen noteerde bij de combinatie van deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter en vrijwillige conflictbemiddeling. Desalniettemin kan ik mij voorstellen dat forensische conflictbemiddeling in dit soort zaken buitengewoon zinvol kan zijn. De rechter kiest er in deze zaken expliciet voor om een deskundige tevens te vragen tussen partijen te bemiddelen. Dat betekent dat de rechter er uit hoofde van zijn regiefunctie op toe zal zien dat een persoon als deskundige wordt benoemd die deskundig is op het eigen vakgebied en beschikt over de kennis, vaardigheden en attitude die nodig zijn voor conflictbemiddeling in aanhangige civiele procedures. Deze actieve rechter zal in mijn ogen tussen de benoeming van de deskundige en de ontvangst van het advies zonodig beschikbaar moeten zijn in geval van eventuele problemen die voortkomen uit de combinatie van deskundigenonderzoek en bemiddeling. Dat beperkt de kans dat de zaak tussen benoeming en advies buiten het zicht van de rechter verder escaleert. Een afzonderlijke opleiding tot forensisch conflictbemiddelaar<sup>19</sup> bevordert dat deskundigen in dit soort zaken de benodigde synthese van kennis en ervaring, te weten op het eigen vakgebied, in het relevante rechtsdomein en met betrekking tot conflictbemiddeling, expliciet kunnen ontwikkelen. In zaken van gezag en omgang waarin de communicatie tussen partijen ernstig is verstoord, brengt de aard van de zaak en van de gevraagde beslissing bovendien mee dat het voor de hand ligt om het belang van het kind niet alleen te betrekken in de voorlichting door een deskundige, maar ook in een kans voor partijen om er alsnog zelf uit te komen. Verder kunnen de ervaringen op dit rechtsgebied, vooral als ze systematisch zouden worden geëvalueerd, ongetwijfeld waardevol zijn bij de afweging of het zinvol is op andere rechtsgebieden te investeren in de ontwikkeling van bemiddeling tijdens deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter.

19 Zie <[www.forensischemediation.nl](http://www.forensischemediation.nl)>.

## Bindend advies

De ontwikkeling van bemiddeling tijdens deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter is ook op een heel ander vlak denkbaar, namelijk door het bindend advies in ogenschouw te nemen als een vorm van conflictbemiddeling die tijdens een deskundigenonderzoek zou kunnen worden toegepast. Bij bindend advies vragen partijen een derde om een advies te geven in hun conflict en spreken zij op voorhand met elkaar af dat zij aan het advies gebonden zullen zijn. In het algemeen zullen zij iemand willen kiezen wiens specifieke deskundigheid past bij het onderwerp van het conflict. Twee aspecten van het bindend advies stip ik aan voordat ik inga op het deskundigenadvies als bindend advies, te weten de motiveringseisen ten aanzien van een bindend advies en de mogelijkheden van partijen om een bindend advies aan te tasten bij de rechter. Een bindend advies behoort, evenals een deskundigenadvies in opdracht van de rechter (art. 198 lid 4 Rv), te zijn voorzien van een motivering. Naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, behoort het meer en beter te worden gemotiveerd. Omgekeerd gelden lagere motiveringseisen als met het bindend advies een niet (volledig) bepaald element van de rechtsverhouding van partijen wordt vastgesteld en het oordeel van de bindend adviseur meer op intuïtief inzicht berust.<sup>20</sup>

Door een bindend advies wordt de toegang tot de rechter niet afgesloten. Als een partij stelt dat zij niet aan het bindend advies is gebonden omdat er gebreken aan kleven, toetst de rechter of het advies uit hoofde van zijn inhoud of wijze van totstandkoming zozeer indruist tegen redelijkheid en billijkheid dat het naar uit de goede trouw voortvloeiende maatstaven onaanvaardbaar zou zijn de wederpartij daaraan te houden. Daartoe volstaat niet elke onjuistheid in het bindend advies. Er moet sprake zijn van ernstige gebreken, bijvoorbeeld een ernstig gebrek in de vereiste mate van motivering of een schending van het beginsel van hoor en wederhoor.<sup>21</sup>

## Het deskundigenadvies als bindend advies

Wat gebeurt er nu als de rechter tijdens een aanhangige civiele procedure een deskundigenonderzoek gelast en partijen overeenkomen dat zij het deskundigenadvies zullen aanvaarden als een bindend advies? Ook hier is denk ik allereerst van belang of het geschil betrekking heeft op een burgerlijke rechtsbetrekking waarvan partijen de gevolgen vrij mogen bepalen. Is dat het geval, dan zijn partijen

20 HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114 en HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. HJS.

21 Zie bijvoorbeeld conclusie A-G Wesseling-van Gent onder 2.13 bij HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. HJS. Zowel de motiveringseisen als de toetsingscriteria waren overigens in vergelijkbare zin onderwerp van een beslissing van 13 maart 2007 van het Engelse *High Court of Justice* in de zaak *Halifax Life Limited v The Equitable Life Assurance Society* [2007] EWHC 503. Het betrof *expert determination*, een bindend advies van een deskundige over een geschilpunt tussen contractspartijen. Het advies behoort gemotiveerd te zijn, gebreken in de motivering kunnen, zoals ook de Hoge Raad oordeelde, worden geheeld en een partij is alleen in geval van zeer ernstige gebreken niet gebonden aan het bindend advies.

niet alleen vrij om hun geschil voor te leggen aan de overheidsrechter, maar kunnen zij het vervolgens in beginsel (deels) aan diens beoordeling onttrekken. Zij kunnen dat bijvoorbeeld doen door alsnog overeen te komen dat zij hun geschil (deels) zullen beëindigen door middel van een bindend advies en de rechter daarvan in kennis te stellen. De lagere rechtspraak lijkt niet eenduidig te aanvaarden dat een deskundigenadvies, uitgebracht in opdracht van de rechter, door partijen wordt aangemerkt als een bindend advies.<sup>22</sup> In 1982 heeft bij de Hoge Raad de vraag gespeeld of partijen dat kunnen doen.<sup>23</sup> Volgens annotator Brunner heeft de Hoge Raad in het arrest aangenomen dat partijen de rechter aan een deskundigenbericht kunnen binden als zij overeenkomen het als een bindend advies te beschouwen. De Hoge Raad heeft de vraag echter niet met zoveel woorden positief beantwoord, maar geoordeeld dat het hof uit de ten processe door partijen ingenomen houding niet heeft afgeleid dat partijen waren overeengekomen het rapport te aanvaarden als een bindend advies. Anders dan Brunner meende A-G Berger dat partijen de rechter niet kunnen binden aan een deskundigenbericht dat in opdracht van de rechter is uitgebracht, omdat aan de rechter de vrijheid is gegeven het oordeel van deskundigen al dan niet te volgen (thans art. 152 lid 2 Rv). Tegenover de vrijheid van partijen om hun geschil met een bindend advies deels aan de beoordeling van de rechter te onttrekken, staat dus de vrijheid van de rechter in de bewijswaardering van een deskundigenadvies, terwijl de rechter bovendien volgens vaste rechtspraak het deskundigenadvies inwint ter voorlichting van zichzelf.<sup>24</sup> Als het deskundigenadvies aan de rechter wordt uitgebracht nadat partijen het bij de deskundige als een bindend advies hebben aanvaard, zal de rechter partijen aan het advies gebonden achten. Hebben partijen daarmee nu ook de rechter gebonden aan het advies? Dat is naar mijn mening zonder meer het geval als partijen met het bindend advies (een deel van) de zaak aan de beoordeling van de rechter hebben onttrokken. Er is dan niets meer te beslissen ten aanzien van het geschilpunt waarover het deskundigenadvies is ingewonnen. Voor zover partijen de zaak niet (deels) aan de beoordeling van de rechter zouden hebben onttrokken, lijkt het mij echter problematisch dat partijen de rechter zouden kunnen binden aan een advies dat de rechter inwint ter voorlichting van zichzelf en dat door de rechter vrij te waarden bewijskracht heeft. Omgekeerd zal het waarschijnlijk even problematisch zijn om aan partijen uit te leggen dat zij wel aan het deskundigenadvies zijn gebonden, maar de rechter nog steeds vrij is in de bewijswaardering van het deskundigenadvies.

Na deze procedurele kanttekeningen verdient de aandacht of er inhoudelijk problemen kunnen rijzen als partijen het deskundigenadvies mogen aanmerken als bindend advies. Dat zal niet snel het geval zijn als met de kwestie waarop het bindend deskundigenadvies betrekking heeft, tevens een geschilpunt volledig is afgekaart, bijvoorbeeld als het gaat om de waardering van een onroerende zaak.

22 Bevestigend: Hof Leeuwarden 10 maart 2004, LJN AO5503; Rb. Rotterdam sector kanton 29 maart 2005, LJN AT3188; impliciet: Hof Leeuwarden 26 september 2006, LJN AZ0110. Anders wellicht Rb. Utrecht 18 mei 2005, LJN AT5819; Rb. Assen 9 november 2005, NJF 2006, 69.

23 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 493 (CJHB).

24 Zie noot 2.

Wat echter als het deskundigenadvies geen betrekking heeft op een duidelijk afgebakend geschilpunt, maar meer een voorwaarde is om de zaak verder te kunnen beoordelen? Dat doet zich bijvoorbeeld voor als het deskundigenadvies wordt uitgebracht ter beantwoording van de vraag of klachten en beperkingen van een verkeersslachtoffer zijn aan te merken als ongevalsgevolg. Ervan uitgaande dat schadevergoeding wordt gevorderd, is de zaak met het deskundigenadvies niet afgehandeld. Het deskundigenadvies over de medische ongevalsgevolgen geeft ook niet zonder meer uitsluitsel over de juridische causaliteit. Het komt in de praktijk met enige regelmaat voor dat een medisch deskundige een bepaalde klacht of beperking te ver verwijderd vindt van het ongeval en de rechter die gezien de aard van de aansprakelijkheid en de schade toch toerekent aan het ongeval.

Hoewel het naar mijn opvatting in beginsel denkbaar is dat partijen overeenkomen dat het deskundigenadvies tussen hen als bindend advies zal gelden, denk ik dat de rechter, na partijen te hebben gehoord, aan de hand van alle relevante feiten en omstandigheden van het geval zal moeten bezien in hoeverre de zaak met het bindend advies aan zijn verdere beoordeling is onttrokken. Dat biedt partijen ondanks een bindend advies weinig rechtszekerheid. De rechtszekerheid wordt ook al niet bevorderd doordat de partij die niet tevreden is met het deskundigenadvies, gemakkelijk in de verleiding kan komen om zich erop te beroepen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is aan het bindend advies te worden gehouden. Veel moeite hoeft dat niet te kosten, want de zaak zal meestal nog wel aanhangig zijn. Ook als geen sprake is van de aangestipte ernstige gebreken in het bindend advies en de partij op dit punt dus geen gelijk krijgt, heeft zich intussen een conflict in een conflict voltrokken. En stel dat een partij op dit punt wel gelijk krijgt, wordt het deskundigenadvies dan alsnog in de bewijswaardering betrokken? Of moet mogelijk zelfs een nieuw deskundigenadvies worden ingewonnen? Het einde van het oorspronkelijke conflict van partijen hoeft dus bepaald niet dichterbij te komen met de keuze van partijen om het deskundigenadvies als bindend advies aan te merken. Toch denk ik dat voorop moet staan dat het partijen vrij staat om (deels) terug te komen op de beslissing een conflict aan de rechter voor te leggen. Dat betekent dat zij overeen mogen komen dat een deskundigenadvies tussen hen als bindend advies zal gelden. Misschien zouden partijen er dan wijs aan doen ook af te spreken en aan de rechter kenbaar te maken welk gedeelte van het geschil niet langer aan de rechter is voorgelegd.

## Tot slot

Wie zich verdiept in de combinatie van deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter en conflictbemiddeling, ziet dat de rechtspraak in Nederland op dit punt door wetgeving of rechtspraak nauwelijks aan banden wordt gelegd. Bemiddeling tijdens deskundigenonderzoek is in de praktijk feitelijk mogelijk als de procespartijen eraan meewerken. In deze bijdrage heb ik enkele potentiële risico's opgesomd van conflictbemiddeling tijdens deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter. Tegelijk is daarmee een aanzet gegeven om aanknopingspunten te benoemen die, zolang onduidelijk is in hoeverre conflictbemiddeling

toelaatbaar is tijdens deskundigenonderzoek in opdracht van de civiele rechter, wellicht behulpzaam kunnen zijn als zich in een zaak vragen voordoen rondom de combinatie van deskundigenonderzoek en conflictbemiddeling.